Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

torem vel curatorem habente vel in magna potestate constituto"; — weil die Bestimmung eine singuläre sei und deßhalb keine ausdehnende Interpretation gestatte. Die Erinnerung an diesen Grundsatz würde aber nur dann treffend sein, wenn es sich darum handelte, die Sphäre der Anwendbarkeit jenes singulären Rechtsmittels, der Protestation, über die angegebenen Fälle hinaus zu erweitern, und dieser letztern hiemit den subsidiären Charakter abzustreifen. Dieß ist durch die obige Erklärung nicht geschehen. Der Grundsatz, daß singuläre Verfügungen strict auszulegen sind, berührt durchaus nicht den Schluß von der Wirksamkeit des subsidiären Rechtsmittels auf die Wirksamkeit dessen, welches dadurch ersetzt werden soll: sie ist dieselbe für den (weitern) Umfang des einen, wie für den (beschränktern) des andern.

(Schluß im nächsten Heft.)

IX.

Ueber die Theilung unter wenigen von mehreren Kommunions-Interessenten.

Von

Herrn Dr. **Zimmermann**,
früher Kurf. Hess. Obergerichtsrath, jetzt Privatdocent zu Marburg.

Ueber die Frage, ob überhaupt, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Wirkungen unter wenigen von mehreren Miteigenthümern oder Miterben getheilt werden könne, finden sich zwar vielfache Andeutungen in der juristischen Literatur. Es fehlt aber an einer umfassenden, namentlich auch dem praktischen Bedürfniß genügenden, Bearbeitung dieser Materie. Daher wird der nachfolgende Versuch, die einzelnen hier in Betracht kommenden Fragen schärfer als bisher geschehen, zu sondern, und einer allseitigen Beantwortung entgegenzuführen, nicht überflüssig erscheinen.

Der Unterſuchung ſelbſt, die den Gegenſtand dieſer Abhandlung bildet, ſende ich einige Bemerkungen über die Natur der judicia divisoria voraus, da, auf dieſe zu recurriren, im Laufe der Abhandlung wiederholt nöthig ſein wird.

I. Vorbemerkung.

Ueber die Natur der Judicia divisoria.

Die Theilung gemeinſchaftlicher Sachen geſchieht entweder mittelſt Vertrags oder durch den Richter. Zum Zwecke der Herbeiführung einer richterlichen Theilung ſind im römiſchen Rechte zwei Klagen [1]) gegeben: die actio familiae erciscundae, mittelſt welcher die Erbſchaft unter den Miterben und ſolchen, die an deren Stelle ſind, getheilt wird [2]), und die actio communi dividundo, die zwiſchen Miteigenthümern [3]) und denen, welche dieſen rechtlich gleichgeſtellt werden [4]), Statt findet. Beide Klagen gehen, außer auf Theilung, auch auf die perſönlichen Leiſtungen, die aus der Kommunion als einem Quaſikontrakte entſpringen. [5])

Die genannten Klagen wurden in Gemäßheit des ordo judiciorum privatorum, ſolange dieſer in Kraft war, erhoben und behandelt. Nach älterem Rechte war es wahrſcheinlich die Legis actio per judicis arbitrive postulationem, die hier Platz griff. [6]) Zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten erfolgte die Klaganſtellung mittelſt einer formula, die

1) Die actio finium regundorum gehört nur ausnahmsweiſe hieher, indem ſie zunächſt auf Ermittelung der wahren Grenze gerichtet iſt: (L. 2, §. 1. D. fin. reg. (10, 1) §. 5. J. d. off. jud. (4, 17.) Puchta, Curſus d. Inſtit. II, 5, 16 f. N. h. S. 142. Von dieſer Klage, da ſie ganz ſingulärer Natur iſt, wird im Texte nicht gehandelt. Doch geht das meiſte, was dort vorgetragen werden wird, auch auf ſie.

2) L. 2, pr. §. 1, 2. L. 24, §. 1. D. fam. erc. (10. 2.)

3) L. 1. L. 3, pr. L. 4, §. 3. D. comm. div. (10, 3.)

4) L. 7, §. 2, 3, 6, 7, 8, 12. D. cod.

5) L. 22, §. 4. D. fam. erc. L. 3, pr. L. 4, §. 3. D. comm. div.

6) Heffter Observ. ad Gaj. Inst. comm. p. 12. — Puchta a. a. O. II, §. 154, Nt. c, p. 33.

— nach Verhandlung der Sache in jure — vom Magistrat concipirt, und durch welche dem bestellten judex vorgeschrieben wurde, worauf er die Sachuntersuchung zu richten und worüber er die Sentenz zu fällen habe.

Die formula, die bei den judiciis divisoriis gebräuchlich war, ist uns ihrem ganzen Zusammenhange nach nicht erhalten. Wohl aber überliefert uns Gajus [1]) einen dieser formula eigenthümlichen Theil, die adjudicatio nämlich, „qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare." Die Worte derselben sind: „quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato."

Neuerdings hat man versucht, die gedachte Formel ganz wiederzugeben. Nach Puchta [2]) hätte dieselbe, statt der demonstratio [3]), eine designatio rei, und hiernächst eine doppelte intentio, nämlich neben der auf die Theilung sich beziehenden, mit der adjudicatio verbundenen, noch eine zweite gehabt, die auf die praestationes personales gegangen und von einer condemnatio gefolgt gewesen. Die formula würde hiernach (bei der actio communi disidundo) etwa folgendermaßen gelautet haben: „— judex esto. De eo fundo, quo de agitur, quantum adjudicari oportet (ex bono et aequo) judex Titio adjudicato. De eodem fundo quantum adjudicari oportet judex Sejo adjudicato. Tum quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere oportet ex fide bona, ejus judex alterum alteri condemnato, si non paret absolvito." [4])

---

1) Inst. Comm. IV, §. 42.

2) A. a. O. S. 141. Im Wesentlichen übereinstimmend: Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts III, §. 53, S. 150; v. Savigny, System des heut. röm. Rechts V, §. 216 p. 89. — Vell. XIII, p. 484, Nt. e.

3) Eine demonstratio nimmt Heffter a. a. O. S. 59 an. Sie wird auch von Puchta a. a. O. S. 138 Nt. a als möglich zugegeben.

4) Eine andere Formel gibt Heffter a. a. O. S. 39 („— Qui inter Lucium Sejum et Aulum Servilium communis est ager, quo de agitur, quantum inde utrique adjudicari oportet, adjudicato"), in welcher jedoch die personeles praestationes ganz übergangen sind.

Es iſt von Intereſſe, die Aufgabe, die der judex in den judiciis divisoriis hatte, hier etwas näher ins Auge zu faſſen. Dabei wird zwiſchen den beiden Richtungen unſerer Klagen, denenzufolge 1. die Theilung und 2. die personales praestationes den Gegenſtand derſelben bilden, zu unterſcheiden ſein.

Zu 1. Die Römer ſetzen den Zweck der Theilungsklagen nicht — wie dieß häufig von den Neueren geſchieht [1]) — darin, daß mittelſt derſelben derjenige Genoſſe, welcher die Theilung, ſei es überhaupt oder doch ſo, wie ſie der andere verlangt, verweigert, hierzu von dem Richter gezwungen werde; ſondern lediglich darin, daß durch ſie die Theilung bewirkt werde. [2]) Ein Streit, der zwiſchen den Genoſſen Statt finde, wird nirgends als eine nothwendige Vorausſetzung für die Anordnung jener Judizien bezeichnet. [3]) Im Gegen-

1) Hellfeld, Jurispr. for. lib. X. Tit. II, §. 725. Vultejus, in Inst. comm. ad Lib. IV. Tit. VI, §. 18, Nr. 15 a. E. — Seuffert, Prakt. Pand. Recht II, §. 357, S. 222. III, §. 591, Nt. 8, S. 218. — Auch der Ausdruck: „Klage auf Theilung", den die Meiſten (z. B. Schweppe, röm. Privatrecht §. 598, Thibaut, Syſtem §. 575, Weſening-Ingenheim, Lehrbuch §. 274. Bucher, Recht der Forderungen §. 148, Unterholzner, über Schuldverh. §. 529, Puchta, Pandekt. §. 373, 511) gebrauchen, beſagt nicht ganz daſſelbe, wie das römiſche „actio, qua dividitur." Mehr entſpricht die Redeweiſe Mühlenbruchs (Lehrb. §. 423.) „Die Klage findet zum Zwecke der Theilung Statt."

2) L. 1, pr. D. fam. erc. „— necessarium videbatur, aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur." — L. 2. pr. cod. „Per fam. erc. actionem dividitur hereditas etc. L. 3. pr. D. comm. div. In comm. div. judicio nihil pervenit ultra divisionem rerum." L. 4. pr. h. t. „Per hoc judicium corporalium rerum fit divisio." §. 3. cod — §. 20. J. d. action. (4, 6.) — Isidor, Etimol. lib. V, cap. 25, 9. „Familia erciscunda est divisio hereditatis inter heredes." 10. „Communi dividundo est inter eos, quibus communis res est, quae actio jubet, postulantibus iis arbitrum dari, cujus arbitratu res dividatur."

3) Die Genoſſen hatten auch das Intereſſe bei einer richterlichen Theilung, daß dieſe in Geſtalt einer rechtskräftigen Sentenz erfolgte und deßhalb nicht angefochten werden konnte (L. 36. D. fam. erc,) ſowie, daß durch Adjudikation das Eigenthum ohne Tradition erworben wurde, (§. 7.

theile fehlt es nicht an Stellen, die des übereinstimmenden Willens der Parteien als der Grundlage der richterlichen Thätigkeit in denselben Erwähnung thun.[1]) Ja eine solche Grundlage scheint so sehr als die regelmäßige angenommen worden zu sein, daß Ulpian es für nöthig hält, besonders hervorzuheben: es könne auch gegen den Willen der Anderen Einer der Genossen auf einen Theilungsrichter provociren.[2])

Als die eigentliche Aufgabe des Theilungsrichters kann man es hiernach gar nicht ansehen, daß er — wie dieß bei dem in andern Prozessen bestellten judex der Fall war — über Rechte entscheiden sollte, deren Anerkennung von der einen Seite verlangt von der anderen aber (sei es auch nur thatsächlich) verweigert wurde. Er war vielmehr dazu bestimmt, eine Auseinandersetzung vorzunehmen, die in aller Theilhaber Interesse gleichmäßig liegt, und welche daher im Zweifel als in dem Willen Aller begründet angesehen werden kann.[3]) Hierdurch erscheint es nicht ausgeschlossen, daß

J. d. off. jud.) Die Form der richterlichen Bestätigung einer unter den Genossen außergerichtlich verabredeten Theilung als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit war den Römern nicht bekannt.

1) L. 1. pr. D. fam. erc. — „coheredibus volentibus a communione discedere." — L. 16. eod. „— si volent heredes a communione ususfructus discedere." — L. 21. D. comm. div. „Judicem in praediis dividundis quod omnium utilissimum est vel quod malint litigatores sequi convenit." — L. 5. D. fam. erc. „— nec inter eos conveniat." — „aut ex consensu — eligendus." — L. 3, §. 1. D. comm. div. „si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerunt, id in primis et fam. erc. et comm. div. judex servare debet." — L. 13. eod. „nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum." — cf. L. 19, §. 1. eod. „De vestibulo communi binarum aedium arbiter comm. divid. invito utrolibet dari non debet." — L. 41. L. 57. D. fam. erc. L. 15. C. i. f. eod. (3, 36.) L. 2. C. comm. utr. jud. (3, 38.) Isidor. l. c. 10.

2) L. 43. D. fam. erc. „— igitur et praesentibus ceteris et invitis poterit vel unus arbitrum poscere."

3) Hefftter, System des Civilprozesses §. 117, III. B. S. 133. — Hierhin gehört auch L. 57. D. fam. erc., worin dieses judicium ein „jurgium" genannt wird. Denn „Jurgium et lis hanc habent distan-

er auch diejenigen Jucident-Streitpunkte, welche gelegentlich der zu vollziehender Theilung über die Grenzen und Modalitäten dieſer letzteren entſtehen konnten, zu entſcheiden hatte. [1])

Am klarſten tritt dieſe Stellung des judex dann hervor, wenn — wie es geſchehen konnte — die Parteien gemeinſchaftlich an den Magiſtrat ſich gewendet und auf Anordnung des Judiziums angetragen haben [2]), oder wenn zwar nur Einer provocirt hat, die Andern aber das judicium ohne Widerrede übernehmen und hiermit in die durch den Richter zu vollziehende Theilung konſentiren. [3]) Allein auch dadurch konnte jene Stellung der Regel nach nicht geändert werden, daß etwa Einer der Genoſſen der Vornahme der Theilung widerſprach. Die Theilhaber einer Kommunion ſind einander zu deren Auflöſung geſetzlich verpflichtet. [4]) Ein Widerſpruch gegen das Verlangen dieſer Auflöſung hat alſo, in Ermangelung beſonderer ihm zur Seite ſtehenden Rechtsgründe, gar keine Bedeutung. Es brauchte daher im Falle eines ſolchen nicht etwa dem judex zur Aufgabe gemacht zu werden, daß er nunmehr auch über die Verbindlichkeit zur Theilung urtheile; ſondern der Prätor erkannte ſelbſt alsbald hierüber, indem er den Widerſprechenden zur Uebernahme des Judiziums zwang [5]), die Sache aber in der gewöhnlichen

---

tiam: jurgium levior res est, siquidem inter benevolos aut propinquos dissensus vel concertatio jurgium dicitur. Inter inimicos dissensio lis appellatur.“ Nonius Marcellus d. differ. verbor. V, 38.

1) L. 25, §. 8. L. 45. pr. D. fam. erc.

2) L. 14. D. d. jud. (5. 1.) „—sed si ambo ad judicium provo cant.“

3) Wie ſich die Sache namentlich dann geſtaltete, wenn unter den Genoſſen ein Minderjähriger war L. 1, §. 2. L. 7. D. d. reb. eor., qui sub tut. (27, 9.) L. 17. C. d. praed. et al. reb. min. (5. 71.)

4) L. ult. C. comm. div. „In communione — nemo compellitur invitus detineri.“ — L. 14, §. 2. D. eod. „Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est.“ L. 70. pr. D. pro soc. (17, 2.) cf. L. 77, §. 20. i. f. D. d. leg. II.

5) L. 43. D. fam. erc. „— et praesentibus et invitis poterit vel unus arbitrum poscere.“ vgl. mit L. 83, §. 1. D. d. V. O. „judi-

Weiſe an den judex verwies. Die Anweiſung des Magiſtrats erſetzte hier die Einwilligung der Partei; die Aufgabe des judex aber war keine andere als in dem früheren Falle. Er war lediglich zur Vollziehung der Theilung beſtellt.

Dieſer Aufgabe des judex entſpricht die Faſſung der formula in demjenigen Theile, der die hauptſächlichſte Befugniß des Theilungsrichters begründet, der adjudicatio. Die Verpflichtung zur Theilung iſt eine perſönliche. Sie entſpringt aus einem Kontrakte oder Quaſikontrakte. [1]) Hätte der judex über dieſe Verpflichtung erkennen ſollen, ſo wäre eine in personam concipirte intentio am Platze geweſen. Die in der adjudicatio enthaltene Intention [2]) iſt aber in rem concipirt. [3]) Ebenſowenig weiſt dieſelbe mittelſt des, ſonſt bei dinglichen Klagen üblichen [4]), „si paret — si non paret“ oder ähnlicher Worte auf die Unterſuchung eines, von der einen Seite behaupteten von der anderen aber beſtrittenen, Rechtsverhältniſſes hin. Das „quantum adjudicari oportet“ kann namentlich nicht darauf bezogen werden, daß etwa der ideelle Antheil der Genoſſen an der zu theilenden Sache noch feſtzuſtellen wäre, ſondern betrifft lediglich diejenige richterliche Thätigkeit, mittelſt deren die ſeitherigen ideellen Theile in reelle verwandelt werden ſollen. [5])

---

cium autem et in invitum redditur“ — und Keller, Litisconteſtation p. 55. Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilprozeſſes I. §. 26, Nt. 9. S. 281.

1) Donnelli, Comm. d. jure civ. Lib. XV, cap. XXIII, §. 3. Heiſe und Cropp, Jur. Abh. I. Abh. 9. — Savigny, a. a. O. S. 36. Puchta, a. a. O. S. 142, Nt. h.

2) „quantum adjudicari oportet.“

3) Puchta, a. a. O. S. 141, a. E. Savigny, a. a. O. S. 89.

4) Gaj. IV, §. 92. vgl. mit §. 41. i. f. §. 36. i. f. — Puchta, a. a. O. S. 143 f.

5) Dem widerſtreitet m. E. nicht L. 37. D. d. V. O. „Verbum „oportere“ non ad facultatem judicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.“ Denn

Zu den Befugniſſen des Theilungsrichters gehört nun freilich, außer der Ueberweiſung von Eigenthum durch adjudicatio, auch noch die Anweiſung zur Herauszahlung von Abfindungsſummen, welche derjenige, der durch die adjudicatio mehr, als ſein ideeller Antheil werth war, erhalten, an die andern zu leiſten hat. Dieſe Anweiſungen kommen unter dem Namen von „Kondemnationen" vor [1]), und es unterliegt ſomit wohl keinem begründeten Zweifel, daß der Richter die Befugniß zu denſelben nicht aus der adjudicatio, ſondern aus der, gleichzeitig einen Beſtandtheil der formula bildenden, condemnatio ſchöpfte. [2]) Doch wurde ſeine Stellung dadurch, daß er von dieſer Befugniß Gebrauch machte, keine andere, als die bis jetzt hervorgehobene. Jene Verurtheilungen waren nur ein Sur-

---

dieſer Ausſpruch iſt wohl (wie auch die Zuſammenſtellung mit dem condemnare beweiſt) auf diejenigen „Intentionen" zu beziehen, in denen das Wort „oportere" mit anderen Worten, durch die entweder eine Verbindlichkeit des Gegners („quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet.") oder ein Recht des Klägers („— tum si eum hominem — ejus ex jure Quiritium esse oportet") behauptet wird, verbunden iſt; nicht aber auf unſern Fall, wo „oportere" mit dem Worte „adjudicari" in Verbindung geſetzt iſt, durch welches eine vom Richter auszuübende Thätigkeit angezeigt wird.

1) L. 3. D. fin. reg. — L. 27. L. 36. L. 52, §. 2. L. 55. D. fam. erc. L. 6, §. 9. D. comm. div. — §. 4, 5. J. d. off. jud.

2) Hieraus ſcheint mir zu folgen, daß in der bei den judiciis divisoriis üblichen Formel eine condemnatio nicht nur mit derjenigen intentio, die ſich auf die praestationes personales bezog, ſondern auch mit derjenigen, die die Theilung der Sachen zum Gegenſtande hatte — dem „quantum adjudicari oportet" — verbunden war. Dadurch würde ſich vielleicht Gaj. IV, 44 mit erklären laſſen: „Demonstratio autem et adjudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur — item condemnatio sine demonstratione vel intentione vel adjudicatione nullas vires habet." Denn da unſere Formel, ſoviel die Theilung anlangt, eine eigene pars, welche die intentio enthielte, nicht hatte, ſondern dieſe letztere einen Beſtandtheil derjenigen pars bildete, die „adjudicatio" genannt wurde, konnte man — wenn auf die adjudicatio alsbald eine condemnatio folgte — ſagen: die letztere ſtehe ohne intentio, lediglich mit der adjudicatio verbunden.

rogat der Adjudikationen, und, um sie aussprechen zu können, bedurfte es so wenig einer Cognition über streitige Rechtsansprüche, wie bei diesen letzteren.

Im Gegensatze gegen die bisher erörterten Gestaltungen des Verhältnisses konnte es allerdings auch Aufgabe des Theilungsrichters werden, darüber zu erkennen, ob derjenige, der eine von ihm verlangte Theilung zu vollziehen sich weigerte, hierzu schuldig sei. Der wichtigste Fall einer solchen Weigerung — derjenige, wo der besitzende Verklagte dem nichtbesitzenden Kläger die Legitimation zur Sache bestreitet — war freilich der Cognition des Theilungsrichters insoweit entzogen, als er hier über die Legitimation selbst nicht, sondern nur darüber urtheilen konnte, ob über dieselbe bereits anderweit entschieden sei. [1]) Es blieben aber noch Fälle genug übrig. So wenn dem besitzenden Kläger die Sach-Legitimation bestritten wurde [2]), oder der Verklagte seine Weigerung auf besondere in Rechten anerkannte Gründe stützte, die eine vorgängige Sachuntersuchung und rechtliche Beurtheilung erheischten, z. B. darauf, daß bereits getheilt, oder die Sache entschieden oder verglichen [3]), oder daß ver-

1) L. 1, §. 1. D. fam. erc. „sed si is, qui possidet, neget, eum (sc. actorem) sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: „si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat.“ — L. 18. D. d. except. (44, 1.) „Fundi quem tu proprium tuum esse dicis partem a te peto et volo simul et judicio comm. div. agere sub eodem judice. — qnaesitum est, an exceptio: „quod praejudicium fundo partive ejus non „fiat, obstet aut deneganda sit. Et putat intervenire Praetorem debere, nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, hujusmodi judiciis experiri.“ — Puchta, a. a. O. §. 167, Nt. h, S. 142.

2) L. 1, §. 1. cit. „— quodsi possideat eam partem (sc. actor), licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio; quo fit, ut eo casu ipse judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscat, an coheres sit.“

3) L. 1. C. fam. erc. „Si non omnem paternam hereditatem ex

abredet ſei, es ſolle innerhalb eines gewiſſen Zeitraums nicht getheilt werden. [1]) Hier war es zwar der beſtellte Theilungsrichter, der über die beſtrittene Verbindlichkeit zur Theilung zu erkennen hatte, ehe er zur Vollziehung der letzteren ſchritt. Er konnte es aber, wie ich glaube, nicht auf den Grund der gewöhnlichen in der formula enthaltenen Anweiſung thun; ſondern es bedurfte beſonderer Zuſätze zu dieſer, die ihm erſt jene Befugniß beilegten. Unbedenklich ſcheint mir dieſe Annahme in Beziehung auf die zweite der hervorgehobenen Gattungen von Fällen: diejenigen, wo die Weigerung auf beſondere Gründe ſich ſtützte, welche die, an ſich begründete, Theilungs-Verbindlichkeit in dem beſonderen Falle ausſchließen ſollten. Dieſe Gründe wurden in Form von exceptiones [2]) zur Cognition des judex geſtellt, und davon, ob eine ſolche exceptio beim Prätor vorgebracht und in die Formel aufgenommen war, hing es ab, ob der judex das Theilungsverlangen ſelbſt zurückweiſen durfte, oder ob er ſich darauf beſchränken mußte, die fraglichen Umſtände bei Vollziehung der Theilung, ſoweit dieß möglich war, zu berückſichtigen. [3]) Ebenſo aber mußte, wie ich glaube, in

consensu divisisti, nec super ea re sententia dicta vel transactio subsecuta est, judicio fam. erc. potes experiri."

1) L. 14, §. 2. D. comm. div. „Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est. Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet."

2) L. 14, §. 3. cod. „— emtor communi dividundo agendo eadem „exceptione summovebitur, qua auctor ejus summoveretur." — L. 16, §. 1. D. pro soc. (17, 2.) „Sed exceptionem adversus emtorem locum habere, si ante dividat, quam divideret is, qui vendidit."

3) L. 6, §. 9. cod. „Idem Julianus scribit: si is, cum quo servum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit et communi dividundo agere coeperit, pignoratitia exceptione eum summoveri debere. Sed si exceptione usus non fuero, officium judicis erit, ut, quum debitori totum hominem adjudicaverit, partis aestimatione eum condemnet." — Vgl. auch die Stellen S. 200, Note 1.

den Fällen der zuerst erwähnten Art zu den gewöhnlichen Bestandtheilen der formula noch ein weiterer hinzukommen, durch den der judex angewiesen wurde, über die bestrittene Legitimation des Klägers zu erkennen. In L. 1, §. 1. D. fam. erc. (10, 2.) und L. 18. D. d. exc. (44, 1.) [1]) ist dieß zwar nicht ausdrücklich gesagt. Es scheint mir aber daraus zu folgen, daß hier anerkannt wird: der Ausspruch, daß der Kläger Erbe sei, bilde ein praejudicium, welches regelmäßig vor den Theilungsrichter nicht gehöre. Sollte daher dieser, einen solchen Ausspruch zu ertheilen, fähig werden, so mußte auch die Voraussetzung hierfür: eine auf die Existenz jener rechtlichen Thatsache gerichtete intentio [2]), für ihn vorhanden sein. [3])

Wir haben hiernach in dem officium des Theilungsrichters ein doppeltes zu unterscheiden: dessen regelmäßige Aufgabe, die Theilung zu vollziehen, und eine ausnahmsweise hinzukommende Befugniß, auch darüber zu erkennen, ob eine Verbindlichkeit zur Theilung vorliege.

Zu 2. Soweit es sich hingegen in dem judicium divisorium um die personales praestationes handelt, ist die Aufgabe des judex die gewöhnliche: über bestrittene Rechte zu entscheiden. Denn die in jenem judi-

1) S. 200 Note 1.

2) Gaj. IV, 44. Puchta, a. a. O. §. 167. p. 142.

3) Auf ein ähnliches Resultat kommt man m. E. wenn man (mit Savigny a. a. O. §. 210. S. 36) sagt: die Theilungsklagen, die regelmäßig rein persönliche Klagen sind, erlangen dann die Natur dinglicher Klagen, wenn durch sie zugleich eine Entscheidung über das Miteigenthum des Klägers herbeigeführt werden soll und kann. Denn da die Klage in diesem Falle die Stelle der rei vindicatio oder hereditatis petitio vertretten, scheint die intentio derselben auch ähnlich wie bei diesen letzteren — in der formula petitoria — haben gefaßt werden zu müssen. — Von der actio finium regundorum nimmt auch Puchta a. a. O. an, sie sei mit einer vorausgehenden Anweisung auf Ermittelung der wahren Grenzen (also mit einer der auf das Eigenthum gerichteten intentio analogen Intention) concipirt gewesen.

cium verfolgten Anſprüche auf ſolche praestationes ſind Nichts anders, als ebenſoviele Klagen auf Erfüllung von Obligationen. [1])

Vorzugsweiſe der unter 1. erwähnten regelmäßigen Stellung des judex gegenüber betrachtet, erſcheint das begründet, was unſere Quellen von der ſ. g. Duplicität der judicia divisoria ſagen. [2]) Handelt es ſich hier gar nicht um eine Entſcheidung ſtreitiger Rechte, verfolgen vielmehr alle Genoſſen denſelben Zweck, ſo iſt ihre Stellung auch, ſowohl gegenſeitig als dem Richter gegenüber, eine vollkommen gleiche, ein Unterſchied zwiſchen einem angreifenden und einem ſich vertheidigenden Theile materiell gar nicht vorhanden. [3]) Brachten es gleichwohl die prozeſſualiſchen Formen, in denen auch dieſe Sachen verhandelt wurden [4]), mit ſich, daß man zwiſchen einem Kläger und einem Verklagten mußte unterſcheiden können, ſo war dieſer Unterſchied nicht, wie ſonſt im Prozeſſe, durch die innere Natur des Verhältniſſes von ſelbſt gegeben, er mußte vielmehr erſt geſchaffen werden, und konnte dabei nur ein äußerer Umſtand (daß nur von einer Seite auf Anordnung des Judiziums angetragen war) und eventuell der reine Zufall (das Loos) maßgebend werden. [5]) Sowie aber dieſe Unterſcheidung auf das Materielle des Verhältniſſes keinen Einfluß üben, z. B. es nicht verhindern konnte, daß eine Kondemnation denjenigen traf, dem die formelle Rolle des Klägers zu Theil geworden [6]), ſo wurde auch dafür

1) L. 22, §. 4. D. fam. erc. „— praestationibus, quae sunt personales actiones.“

2) L. 10. D. fin. reg. L. 2, §. 1. D. comm. div.

3) L. 13. D. d. jud. (5. 1.) „In tribus istis judiciis: fam. erc. comm. div. et fin. reg. quaeritur, quis actor intelligatur, quia par omnium causa videtur.“ L. 2, §. 1. D. comm. div.

4) Linde, in der Zeitſchrift für Civilr. und Proz. XV, S. 345.

5) L. 13. cit. „sed magis placuit eum videri actorem, qui ad judicium provocasset.“ L. 14. eod. „sed quum ambo ad judicem provocant, sorte res discerni solet.“

6) L. 10. D. fin. reg. „— Judicium tale est, ut in eo singulae

Sorge getragen, daß die durch Verſchiedenheit der Parteien-Rollen ſonſt begründeten prozeſſualiſchen Ungleichheiten hier hinwegfielen. [1])

Ganz anders erſcheint das Parteien-Verhältniß, wenn und inſoweit es ausnahmsweiſe zugleich Aufgabe des Theilungsrichters wurde, darüber zu erkennen, ob der eine der Genoſſen mit dem andern zu theilen verbunden ſei. In dieſem Falle kann ſchon äußerlich, darüber, wer Kläger und wer Verklagter ſei, ein Zweifel nicht entſtehen. Es wird hier immer nur Einer — derjenige der die Theilung gegen den Willen des anderen durchſetzen will — es ſein, der auf das judicium provozirt. Und dieſer Provozirende iſt, ſoweit es ſich um die Frage handelt, ob die Weigerung des Gegners begründet ſei, wirklich angreifender, der andere wirklich ſich vertheidigender Theil. [2]) Hier iſt alſo der Unterſchied zwiſchen Kläger und Verklagtem zugleich materiell begründet.

Was endlich die personales praestationes betrifft, ſo kann hinſichtlich ihrer zwar von einer Gleichheit der Parteien-Rollen in dem vorher entwickelten Sinne nicht die Rede ſein. Es iſt vielmehr derjenige Kommunions-Intereſſent, der von dem anderen eine dgl. Präſtation fordert, materiell Kläger, derjenige, der durch ſeine Weigerung den Richterſpruch nöthig macht, materiell Verklagter. [3]) Gleich-

---

personae duplex jus habeant, agentis et ejus cum quo agitur." L. 2, §. 3. D. fam. erc. „In fam. erc. judicio unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet." — Savigny, a. a. O. §. 151, 152.

1) L. 44, §. 4. D. fam. erc. „ Qui fam. erc. et comm. div. et fin. reg. agunt, et actores sunt et rei; et ideo jurare debent, non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infitias ire."

2) Die römiſchen Juriſten brauchen hier auch unbedenkliche Ausdrücke („exceptione summoveri, per exceptionem excludi"), welche direct auf einen angreifenden und einen ſich vertheidigenden Theil hinweiſen. Vergl. die S. 200, Nt. 1. S. 201, Nt. 2 u. 3.

3) Auf eine ſolche Auffaſſung weiſen auch die an vielen Stellen gebrauchten Ausdrücke hin: L. 16, §. 5. L. 22. pr. D. fam. erc. „teneri heredem judicio fam. erc." L. 18, §. 4. eod. „ heredem habere

wohl tritt auch hier — jedoch unter einem ganz andern Geſichtspunkte — die duplicitas judicii zu Tage. Da nämlich die gegenſeitigen perſönlichen Anſprüche in *demſelben* Verfahren verhandelt werden ſollen, ſo hat jeder Theilhaber zugleich die Rolle des Klägers (inſoweit er ſeinerſeits dgl. Anſprüche verfolgt oder doch verfolgen kann), und des Verklagten (inſoweit dgl. Anſprüche gegen ihn verfolgt werden oder doch verfolgt werden können). Die Gleichheit der Parteien-Rollen iſt aber hier nur eine formelle, nicht, wie im erſten Falle, zugleich eine materielle.

§. 2.

Im neueſten römiſchen Rechte iſt, mit dem ordo judiciorum privatorum, die Trennung des Verfahrens in ein ſolches in jure und in judicio hinweggefallen — alle judicia ſind extraordinaria geworden. [1]) Hätte man auch Grund anzunehmen, daß bei unſeren Klagen, ähnlich wie bei der actio finium regundorum [2]), noch judices oder arbitri beſtellt worden ſeien, ſo wäre hiermit doch jene Trennung des Verfahrens nicht beibehalten. Denn es ging in ſolchem Falle der Beſtellung eines judex (pedaneus) die *ganze* Prozeßleitung und Entſcheidung, ohne maßgebende Vorbereitung durch den Magiſtrat, auf den delegirten Richter über und wurde vor dieſem die Sache (im Sinne des alten Rechts) extra ordinem verhandelt.)

Dieſe weſentliche Veränderung in der *Form* des Verfahrens konnte jedoch auf die *materielle* Behandlung unſerer Klagen keinen Einfluß üben. Die richterliche Cognition war freilich durch die beſondere Faſſung der ertheilten for-

---

judicium, ut cogatur coheres solvere.“ §. 6. eod.: „judicium competere adversus heredes.“ L. 25. §. 13. eod.: „fam. erc. judicio a coheredibus partes recipere poterit.“ §. 19. eod.: „habere petitionem a coherede in fam. erc. judicio“ u. a. m.

1) pr. J. d. success. subl. (§. 13.) §. 8. J. d. interd. (4, 15.)

2) L. 3. 5. C. Theod. fin. reg. (2, 26.)

3) *Bethmann-Hollweg*, a. a. O. §. 13. S. 150. *Puchta*, a. a. O. §. 182.

mula nicht mehr in gewissen Schranken gehalten. Da aber die Fassung der formula nichts Willkürliches sondern nur der Ausfluß der eigenthümlichen Natur jener Klagen war [1]), so wurde, trotz des Hinwegfallen derselben, die materielle Aufgabe des Urtheilenden keine andere als bisher. Man hat vielmehr den Unterschied des späteren Rechts von dem früheren nur darin zu suchen, daß die Funktionen, die sonst zwischen Magistrat und Juder getheilt waren, sich jetzt in der Person des Magistrats oder delegirten Richters vereinigten.

Heutzutage wird die richterliche Mitwirkung zu einer Theilung unter solchen Genossen, zwischen denen darüber, daß getheilt werden soll, kein Streit herrscht, mehr als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit angesehen und behandelt. Es denkt niemand daran, in diesem Falle eine Klage anzustellen. Die Interessenten wenden sich vielmehr (was namentlich zum Zwecke der Theilung von Grundstücken oder Erbschaften häufig vorzukommen pflegt) mit einem gemeinschaftlichen einfachen Antrage an den Richter, oder es stellt auch wohl Einer einen solchen Antrag, der Richter hört darüber die Anderen, und schreitet, wenn kein Widerspruch erfolgt, alsbald zur Vollziehung der Theilung selbst. Erst wenn hierbei Streitigkeiten entstehen sollten, die er, vom Standpunkte des Verwalters der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus, nicht schlichten kann, wird er die Streitpunkte zur besonderen Ausführung im Wege des Rechtsstreits verweisen.

Gleich von vornherein prozessualisch wird dagegen die Sache nur dann verhandelt werden, wenn von Einer Seite die Theilung überhaupt oder doch so, wie sie die andere verlangen zu können glaubt, verweigert wird. In diesem Falle bildet der Rechtsstreit über die Verbindlichkeit zur Theilung, deren Umfang und vielleicht auch modus, den eigentlichen Prozeß, der mit der richterlichen Sentenz, daß, was und wie getheilt werden solle, endigt. Die Theilung selbst

1) Vgl. Savigny, a. a. O. §. 22. h. Puchta, a. a. O. §. 185.

aber — inſoferne nunmehr nicht eine gütliche Vereinigung erfolgt — geſchieht im Wege des Exekutionsverfahrens; und dieſes iſt erſt dasjenige, welches dem gewöhnlichen judicium divisorium der Alten analog iſt.

II. Abhandlung ſelbſt.

Von der Theilung unter wenigen von mehreren Miteigenthümern oder Miterben.

§. 3.

Das Weſen der Kommunion beſteht darin, daß Eine Sache mehreren Perſonen zu intellektuellen Antheilen zugehört.[1] Die Sache hört auf eine gemeinſchaftliche zu ſein, wenn ſie entweder in ihrer Integrität in das Alleineigenthum Einer Perſon übergeht, oder in reelle Theile zerlegt wird, deren jeder, als eine nunmehr ſelbſtſtändige Sache[2], Alleineigenthum Eines Herrn wird. Theilung iſt diejenige Art der Auflöſung der Gemeinſchaft, bei der jeder der Genoſſen den Werth ſeines ideellen Eigenthums Antheils in ſeinem Vermögen behält. Die hauptſächlichſten Theilungsarten ſind folgende:

1. Die gemeinſchaftliche Sache wird in ſo viele reelle Theile zerlegt, als Genoſſen da ſind und jedem dieſer letzteren wird ein ſolcher Theil überwieſen.[3] Es ſetzt dieß eine natürlich theilbare Sache voraus.[4]

2. Von einer Mehrheit gemeinſchaftlicher Sachen werden die einzelnen als Alleineigenthum auf die einzelnen Genoſſen übertragen.[5]

---

1) L. 19. pr. D. comm. div. „communis pro indiviso fiet.“ L. 5. D. d. stip. serv. (45, 3.) „Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore.“

2) L. 25, §. 1. D. d. V. S. „— quod pro diviso nostrum sit, id non partem sed totum esse.“

3) L. 22, §. 2. D. fam. erc. L. 7. pr. §. 1. D. comm. div. — §. 4. J. d. off. jud. — L. 1, 3. C. comm. div.

4) §. 5. i. f J. eod.

5) L. 4, 7. cit. — L. 3. C. cit.

3. Einer der Genossen erhält die bisher gemeinschaftliche Sache und gibt dagegen den anderen den Werth ihrer ideellen Antheile heraus. [1])

4. Die Sache wird an einen Fremden veräußert und der Erlöß unter die Genossen vertheilt. [2])

Die Theilungsarten unter 1. und 2. werden mit dem Namen „Naturaltheilung", die unter 3. und 4. mit dem: „Civiltheilung" bezeichnet. Mehrere Theilungsarten können auch verbunden werden, so daß im Falle unter 1. und 2. noch Herauszahlungen an einen oder den anderen Genossen hinzukommen [3]) u. s. w. [4])

Gemeinschaftlich allen Theilungsarten und das Wesentliche der Theilung überhaupt ist es, daß dieselbe für jeden der Genossen eine onerose Veräußerung enthält, indem er etwas aus seinem Vermögen (sei es ein liqoter Eigenthumsantheil — an der ganzen Sache oder im Falle unter 1. — einem reellen Theile derselben, oder sei es ein Aequivalent für einen solchen) hingibt und dafür etwas anderes (wiederum einen solchen Antheil oder dessen Aequivalent) erhält. Die Gesetze vergleichen daher die Theilung dem Tausch und Kauf. [5])

Fragen wir nun, inwieferne eine Theilung unter wenigeren von mehreren Genossen möglich sei, so haben wir hierbei nur das im Sinne, daß der Akt der Theilung selbst von diesen wenigeren ohne Zuziehung

---

1) L. 22, §. 1. i. f. — L. 55. D. fam. erc. — §. 5. J. cit. — L. 1. 3. C. cit.

2) L. 3. C. cit. „ — nonnunquam et extraneo emtore admisso."

3) §. 4, 5. J. cit. L. 3. C. cit. „— compensatione invicem pretii facta, eoque, cui res majoris pretii obvenit, ceteris condemnato."

4) Eine Species der unter Nr. 3. erwähnten Theilungsart scheint es mir zu sein, wenn der Eine die Proprietät der Andere den Nießbrauch der zu vertheilenden Sache erhält: L. 16, §. 1. D. fam. erc. L. 6, §. 10. D. comm. div.

5) L. 20, §. 3. i f. D. fam. erc. — L. 77, §. 18. d. leg. II. — L. 1. C. comm. utr. jud. „Divisionem praediorum vicem emtionis obtinere placuit."

des oder der Mitgenossen vollzogen werde. Wir schließen also den Fall aus, wo es sich zwar dem Ergebniß nach nur um das Ausscheiden Eines oder mehrerer aus der Genossenschaft handelt, dieß Ergebniß aber durch Mitwirkung Aller erreicht wird. Wenn z. B. A einen bestimmt abgegrenzten Theil eines, zwischen ihm dem B und C gemeinschaftlichen, fundus erhalten, der Rest des Grundstücks aber zwischen den beiden anderen Genossen gemeinschaftlich bleiben soll, so wird dieß dadurch bewirkt, daß die letzteren ihre ideellen Antheile an jenem abgegrenzten Theile auf den ersteren übertragen, und dagegen von diesem dessen Antheil an dem übrig bleibenden Theile des fundus gemeinschaftlich erwerben. Dem Erfolge nach könnte man auch dieß eine Theilung inter pauciores nennen, indem die Auflösung der Gemeinschaft nicht zugleich unter allen Genossen, sondern nur je unter einzelnen derselben (dem A und B einerseits, und dem A und C andrerseits) eintritt. Sieht man dagegen auf den Akt der Theilung selbst, so wird diese nicht unter wenigeren, sondern sie wird unter allen vollzogen.

§. 4.

Die Untersuchung über die Statthaftigkeit einer Theilung unter wenigeren eröffnen wir mit der Betrachtung der Theilung, die mittelst freier Vereinbarung derjenigen Genossen, die theilen wollen, erfolgt. A und B wollen ohne Zuziehung des C, welchem gemeinschaftlich mit ihnen eine Sache oder eine Mehrheit von Sachen gehört, untereinander abtheilen.

Eine gemeinschaftliche Sache hört nur dadurch auf, eine solche zu sein, daß die ideellen Antheile aller Genossen in Einer Hand vereinigt werden. A und B können aber nicht über alle intellektuellen Antheile sondern nur über ihre eigenen disponiren. Auf C diese zu übertragen und so in dessen Person Alleineigenthum zu begründen, vermögen sie nicht, ohne daß dieser hierzu einwilligt und dadurch an der Theilung selbst participirt. Vereinigen sie dagegen ihre Antheile in der Hand eines An-

deren (sei dieß einer von ihnen beiden oder ein Dritter), so hört die Sache nicht auf, eine gemeinschaftliche zu sein; denn C behält seinen intellektuellen Antheil an derselben, ist also Miteigenthümer des Erwerbers der Antheile des A und B.

Dieß ist anerkannt in L. 17. C. fam. erc. (3, 36.) „Coheredibus divisionem inter se facientibus, juri absentis et ignorantis minime derogari, ac pro indiviso portionem eam, quae initio ipsius fuit, in omnibus communibus rebus eum retinere certissimum est.“

Wenn dieß Gesetz, als ein Reskript, wodurch ein einzelner Fall entschieden wird, das Faktische dieses Falles — Abwesenheit und Unwissenheit des dritten Miterben — namhaft macht, so darf man daraus nicht schließen wollen, daß der Rechtssatz, den es zur Anwendung bringt, auf diese faktische Voraussetzung beschränkt sei. Der Entscheidung liegt vielmehr das allgemeine Prinzip zu Grunde: inter alios gesta aliis non posse facere praejudicium. [1]) Abwesenheit und Irrthum aber erscheinen nur insoferne als Bedingungen für die Erhaltung der Rechte des Dritten, als derjenige, der zugegen ist und schweigt, unter Umständen für einwilligend wird gehalten werden müssen.

Es ist hiernach nicht nur unmöglich, daß unter den wenigeren die ganze Sache, ohne Berücksichtigung der Rechte des Dritten, getheilt werde, sondern auch, daß dieselben über den ideellen Antheil des Letzteren zu dessen Gunsten mit disponiren, ihm für denselben einen körperlichen Theil der Sache oder ein anderes Aequivalent zuweisen.

In letzterer Beziehung könnte L. 44, §. 2. D. fam. erc. (10, 2.): „Si coheredes absente uno coherede rem vendiderunt et dolo malo fecerunt, quo plus ad eos perveniret, vel familiae erciscundae judicio praestabunt ei qui abfuit, vel hereditatis petitione“ ein Bedenken erregen, indem es hiernach auf den ersten Blick scheint, als dürfe der dritte Genosse eine solche zwischen seinen Mitberechtigten vollzogene

1) L. 1. C. inter al. acta vel judic. aliis non nocere (7, 60.)

Theilung, bei der auch ihm ein Aequivalent für ſeinen ideellen Eigenthums-Antheil ausgeſetzt worden, nur unter der beſonderen (nöthigenfalls von ihm zu erweiſenden) Vorausſetzung des dolus und erlittener Verkürzung anfechten. Dieß iſt jedoch nicht der Sinn jener Stelle. Sie erklärt ſich vielmehr ſo: Wenn von drei Miterben zwei eine Erbſchaftsſache veräußert haben, ſo ſteht es in der Wahl des Dritten, ob er ſich wegen ſeines ideellen Eigenthums-Antheils an den Erwerber der Sache, oder wegen des eingenommenen Preiſes an ſeine Miterben halten will. Unſer Geſetz unterſtellt, daß er letzteres erwählt und einen Theil des Preiſes als ihm zukommend erhalten; daß er alſo nicht nur den Verkauf der Sache ſondern auch die Vertheilung des Erlöſes genehmigt habe. Dann ſoll er gleichwohl im Falle einer doloſen Verkürzung das Fehlende noch mittelſt der actio familiae erciscundae erhalten können. Daß er aber jenen Weg einſchlagen müſſe und nicht ebenſogut ſeinen Eigenthumsantheil verfolgen könne, iſt überall nicht geſagt.

Kann hiernach der Hauptzweck der Theilung: die Verwandlung eines nach ideellen Antheilen getrennten Eigenthums in Allein-Eigenthum (oder mit andern Worten: die Theilung der Sache) durch einen unter wenigen der Kommunions-Intereſſenten vorzunehmenden Akt nicht erreicht werden, ſo fragt es ſich nur, ob wenigſtens die unter den Perſonen beſtehende Gemeinſchaft durch einen ſolchen Akt ganz oder theilweiſe gelöſt werden könne? [1])

1) Es würde auf einen bloſen Wortſtreit hinauskommen, wenn man ſagen wollte: Dieß ſei keine „Theilung", weil die Sache nicht aufhöre, mehreren Perſonen gemeinſchaftlich zu ſein. Denn in dem materiellen Ergebniſſe der nachfolgenden Unterſuchung wird hierdurch Nichts geändert. Allein es ſcheint auch ganz zuläſſig, den Ausdruck „Theilung" in dem allgemeinen Sinne von „Auflöſung einer Gemeinſchaft" anzuwenden. Die Römer gebrauchen das Wort „dividere" in dieſem Sinne, wenn ſie von einem „dividere societatem" reden (L. 14, §. 3. L. 16. D. comm. div. L. 28. L. 66. D. pr. soc. 17, 2.); und auch wir können von „Theilung einer Gemeinſchaft" — ganz abgeſehen davon, ob die Sache im Miteigenthum Mehreren bleibt oder nicht, ſprechen.

Es unterliegt nicht dem geringsten Zweifel, daß dies auf die in §. 3. unter 3. und 4. erwähnte Art (mittelst Civil-Theilung) möglich ist. Einem jeden der Genossen steht die Befugniß zu, seinen ideellen Eigenthumsantheil zu veräußeren. [1]) Es hindert also Nichts, daß von drei Genossen (A, B u. C) A seinen Antheil gegen Zahlung des Werths auf B, oder daß beide ihre Antheile auf einen Dritten übertragen und den dafür zu zahlenden Preis unter sich theilen. Im erstern Falle tritt A gänzlich aus der Gemeinschaft, die nur zwischen B und C bestehen bleibt; im zweiten Falle kommen die beiden Genossen aus der Kommunion mit C, in welche an ihre Stelle der fremde Erwerber ihrer Antheile tritt. Dem C bleibt sein ideelles Drittheil an der gemeinschaftlichen Sache ungeschmälert. [2])

Aus gleichem Grunde erscheint es auch möglich, daß die wenigeren Genossen von der in §. 3. unter 2. hervorgehobenen Vertheilungsart unter sich Gebrauch machen. Ist es nämlich eine Mehrheit von Sachen, die unter unseren sociis gemeinschaftlich ist, so kann A seinen ideellen Eigenthumsantheil an gewissen dieser Sachen auf B, gegen Ueberlassung dessen Antheils an den übrigen jener Sachen an ihn, übertragen. Die Gemeinschaft zwischen A und B wird hierdurch gänzlich gelöst. Beide aber bleiben in Gemeinschaft mit C, ersterer hinsichtlich derjenigen Sachen, an

1) L. 6, §. 8. L. 14, §. 3. L. 24, §. 1. D. comm. div. — L. 1, 3. C. eod.

2) Die Frage, ob die S. 208, Nt. 4. erwähnte Theilungsart inter pauciores Platz greife, kann billig unerörtert bleiben. Denn wenn auch, bei der Theilbarkeit des Ususfrukt — L. 1, §. 9. D. ad leg. Falcid. (25, 2.) verb. „si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest" — es für rechtlich unmöglich nicht zu halten sein sollte, daß A auf B sein ideelles Eigenthumsdrittheil übertrüge und dagegen dieser ihm den Nießbrauch an den ihm nunmehr eigenthümlich zustehenden zwei ideellen Drittheilen der Sache überliese, so erscheint doch eine solche Theilungsart jedenfalls so durchaus unpraktisch, daß kein vernünftiger Mensch daran denken wird, sie zum Zwecke der Auseinandersetzung der Gemeinschaft unter wenigeren zu erwählen.

denen B ſein Miteigenthum aufgegeben, letzterer hinſichtlich der übrigen. Dem C iſt ſein ideelles Drittheil an ſämmtlichen Sachen erhalten.

Dieſe Theilungsart iſt auch dann möglich, wenn die mehreren in Gemeinſchaft befindlichen Sachen eine Erbſchaft und als ſolche ein Rechtsganzes bilden. Denn der Miterbe iſt dadurch, daß die einzelne Erbſchaftsſache zugleich Theil einer universitas iſt, nicht verhindert, über ſeinen ideellen Antheil an jener auch abgeſondert zu verfügen. Er kann ihn an einen Dritten veräußern [1]), folglich auch an ſeinen Miterben.

Es ſtellt ſich jedoch ein weſentlicher Unterſchied in Beziehung auf die Wirkungen heraus, jenachdem die hier in Rede ſtehende Theilung eine gemeinſchaftliche Erbſchaft oder eine ſonſtige Kommunion zum Gegenſtande hat.

Wenn, bei einer über mehrere Sachen ſich erſtreckenden Gemeinſchaft, der eine Theilhaber den an einzelnen dieſer Sachen ihm zuſtehenden Antheil an einen Dritten veräußert, ſo findet wegen ſämmtlicher Sachen nicht mehr Ein judicium communi dividundo Statt, ſondern der Geſellſchafter, der nicht veräußert hat, muß in zwei ſolchen judiciis abtheilen, in dem einen mit dem alten Genoſſen wegen derjenigen Sachen, an denen dieſer ſein Miteigenthum behalten hat; in dem anderen aber mit dem neuen wegen der übrigen. [2]) Eine konſequente Anwendung dieſes Ausſpruchs unſerer Geſetze führt dahin, daß auch in dem Falle, von dem wir hier handeln — wenn A und B durch wechſelſeitige

---

1) L. 54. D. fam. erc. „— Ex hereditate Lucii Titii, quae mihi et tibi communis erat, fundi partem meam alienavi; deinde fam. erc. judicium inter nos acceptum est; neque ea pars, quae mea fuit, in judicio veniet, quum alienata de hereditate exierit. — —“

2) L. 3. C. comm. div. „Ad officium arbitri, qui inter te et fratrem tuum dividendis bonis datus fuerit, ea sola pertinent, quae manent communia tibi et illi. Nam ea, quorum partem is vendidit, cum emtoribus tibi communia sunt, et adversus singulos arbitrum petere debes, si ab illorum quoque societate discedi placeat.“

Uebertragung ihrer ideellen Eigenthumsantheile an den einzelnen gemeinschaftlichen Sachen die unter ihnen bestehende Gemeinschaft aufgelöst haben — C nicht mehr in Einem judicium communi dividundo mit beiden theilen kann, sondern zur Theilung mit jedem ein besonderes judicium auswirken muß. Denn es ist keine einzige der zu theilenden Sachen mehr zwischen den drei ursprünglichen Genossen gemeinschaftlich, und der Umstand, daß früher eine solche Gemeinschaft bestand, kann hier so wenig einen Grund zur Anordnung nur Eines Judiziums abgeben, wie in dem ersterwähnten Falle der Veräußerung ideeller Eigenthumsantheile an einen Dritten.

Anders verhält es sich dagegen hinsichtlich des judicium familiae erciscundae. Wenn zwei Miterben unter sich getheilt haben, soll, nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung, der dritte übergangene Miterbe mit der actio familiae erciscundae, also durch Ein judicium, seinen Erbantheil heraus verlangen können. [1]) Dieß erklärt sich aus der Natur dieser Klage. Dadurch, daß ein Miterbe seinen Antheil an einer Erbschaftssache an einen Fremden veräußert, hört dieser Antheil auf, ein erbschaftlicher zu sein (zur Erbschaft zu gehören) und es kommt nunmehr die ganze Sache nicht mehr in das judicium familiae erciscundae. [2]) Geht dagegen jener Antheil auf Einen der Miterben, als Entschädigung für den von diesem dem Veräußernden überlassenen Antheil an einer anderen Erbschaftssache, über, so gehört er, als Surrogat einer veräußerten Erb-

1) L. 17. C. fam. erc. cit. (S. 210.) „— — Unde portionem tuam cum reditibus arbitrio familiae erciscundae percipere potes, ex facta inter coheredes divisione nullum praejudicium timens."

2) L. 54. D. cit. (S. 213, Note 1.) „— — neque tua, quia, etiamsi remanet in pristino jure et hereditaria est, tamen alienatione meae partis exit de communione. Utrum autem unus heres partem suam non alienaverit, an plures nihil interest, si modo atiqua portio alienata ab aliquo ex heredibus hereditaria esse desiit. — Vergl. jedoch L. 25, §. 6. D. eod.

ſchaftsſache, noch immer zur Erbſchaft. Die Sache bleibt alſo eine unter Miterben als ſolchen gemeinſchaftliche, die durch die actio familiae erciscundae mit ergriffen wird. Und da dieſe Klage nur Einmal Statt finden ſoll[1]), müſſen auch die zwiſchen den einzelnen Miterben beſtehenden verſchiedenen Gemeinſchaften in demſelben Verfahren auseinandergeſetzt werden könnnen. Geht die Anziehungskraft dieſes Judiziums doch ſo weit, daß ſogar wegen verſchiedener Erbſchaften, deren eine zwiſchen A und B, die andere zwiſchen A, B und C gemeinſchaftlich iſt, Ein judicium familiae erciscundae Statt findet[2]); wie viel mehr in unſerm Falle, wo es nur zwei Hälften derſelben Erbſchaft ſind, bezüglich deren jedesmal nur unter zweien der Miterben eine Gemeinſchaft beſteht!

Es bleibt hiernach nur noch die unter 1. in §. 3. erwähnte Theilungsart — die Natural-Theilung einer Sache, die bis dahin ein einiges Ganze bildete — zu betrachten übrig. Die Möglichkeit der Vollziehung einer ſolchen Theilung inter pauciores hängt davon ab, ob der Miteigenthümer ſeinen ideellen Eigenthumsantheil auch in Beziehung auf nur einen körperlichen Theil der gemeinſchaftlichen Sache veräußeren könne? Dieſe Frage muß, wie ich glaube, verneint werden.

Der Eigenthümer, indem er von einer Sache einen trennbaren Theil — von einem fundus z. B. einen abgegrenzten locus — auf einen Dritten überträgt, nimmt eine doppelte Dispoſition vor: er erhebt dasjenige, was bisher nur Theil war, zu einem ſelbſtſtändigen Ganzen und veräußert dann dieſes letztere.[3]) Ohne den erſten Theil dieſes Aktes

1) L. 20, §. 4. D. h. t. „Familiae erciscundae judicium amplius quam semel agi non potest, nisi causa cognita.“

2) L. 25, §. 4. D. h. t. „Si inter me et te Titiana hereditas communis est, inter me autem et te et Titium Sejana, posse unum judicium accipi inter tres, Pomponius scribit.“

3) L. 6, §. 1. D. comm. praed. (8, 4.) „— Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso.“ — L. 1. C. fin.

iſt der zweite nicht denkbar. So lange der zu veräußernde locus einen integrirenden Theil des fundus bildet, kann er auch einen anderen Eigenthümer nicht erhalten, als der fundus, deſſen Theil er iſt. Die Fähigkeit aber, einen Theil der Sache von dieſer zu trennen und dadurch zu einem ſelbſtſtändigen Ganzen zu erheben, wohnt demjenigen, der nur Miteigenthümer iſt, nicht bei. [1]) Er vermögte ohne Mitwirkung ſeines Konſorten natürlich nicht, dem ganzen abgegrenzten locus, ſondern nur ſeinem ideellen Antheile an demſelben jene Eigenſchaft beizulegen; zum anderen ideellen Antheile bliebe derſelbe, was er war: integrirender Theil eines fundus. Es würde dann aber das ſonderbare Ergebniß herauskommen, daß wir verſchiedene intellektuelle Eigenthums-Hälften hätten, zu deren jeder die andere Hälfte fehlte: auf der einen Seite eine ſolche an dem ungetheilten fundus, auf der andern zwei dgl. je an einem abgegrenzten Theile deſſelben! [2])

Man wird vielmehr richtig ſo argumentiren müſſen.

---

reg. (3. 39.) „Regionem certam fundi, propriis finibus ejus mutatis, dominus ejus distrahere ac residuum retinere non prohibetur."

1) Der ideelle Antheil eines Miteigenthümers an einem fundus kann veräußert (S. 212, Nt. 1), verpfändet (L. 6, §. 9. L. 7, §. 13. D. L. 2. C. comm. div.) und auch (z. B. durch Univerſal-Succeſſion) wiederum in ideelle Theile getheilt werden. Dagegen kann ihm eine Servitut nicht auferlegt (L. 6, §. 1. D. comm. praed. 8, 4.) er auch nicht verpachtet werden (L. 6, §. 2. D. comm. div.), weil dergleichen Dispoſitionen den ganzen fundus ergreifen. Ein Gleiches ſcheint von der Naturaltheilung geſagt werden zu müſſen.

2) Ein ſolches Verhältniß kann freilich faktiſch eintreten: L. 8. D. d. R. V. (6, 1.) „— si fundum mihi tecum communem tu et Lucius — — certis regionibus possideatis — — — et a te et a Lucio partes fundi petere me debere" — —; denn wenn ich mit der angeſtellten Vindikation in dem hier erwähnten Falle ſiege, komme ich in den Mitbeſitz des ganzen fundus zur ideellen Hälfte, du und Lucius aber beſitzt ein jeder einen abgegrenzten Theil dieſes fundus, ebenfalls zur ideellen Hälfte. Hieraus folgt jedoch in keiner Weiſe, daß auch das Recht zu einem ſolchen Beſitze, ohne meine, des Miteigenthümers, Einwilligung an Lucius überlaſſen werden könnte.

Eine intellektuelle Hälfte kann nicht eher gedacht werden, als man ein Ganzes hat, von dem ſie die Hälfte iſt. Dieſes Ganze kann in unſerem Falle nicht durch den alleinſtehenden Willen eines Miteigenthümers, ſondern nur durch den vereinten Willen ſämmtlicher Berechtigten gebildet werden. So lange dieſer nicht vorliegt, iſt alſo auch eine Dispoſition über den aliquoten Theil mit rechtlicher Wirkſamkeit nicht möglich.

Dieß Ergebniß auf die Theilungsart angewandt, bei der wir jetzt ſtehen, zeigt: daß die Naturaltheilung einer bisher ungetheilten Sache nur unter Vorausſetzung der Einwilligung ſämmtlicher Miteigenthümer, alſo nicht durch einen nur unter wenigeren vollzogenen Theilungsakt, zu Recht beſtehen kann.[1])

Will man dieß nicht annehmen, alſo unterſtellen, daß A und B ihre Antheile an einem ihnen und dem C gemeinſchaftlichen fundus dergeſtalt auseinanderſetzen können, daß dieſer fundus in zwei abgegrenzte körperliche Hälften zerfällt, an deren einer A, und an deren anderer B zu zwei ideellen Drittheilen Eigenthümer wird; ſo darf doch dieſe Theilung dem C keinenfalls präjudiziren. Für ihn exiſtiren jene körperlichen Theile nur als Theile nicht als Ganzes. Er iſt alſo nach wie vor zur intellektuellen Hälfte Eigenthümer des ungetrennten fundus, und muß folglich — ähnlich wie im obigen Falle der inter pauciores vollzogenen Erbtheilung — mittelſt Eines communi dividundo judicii mit A und B, als ſeinen Miteigenthümern an derſelben Sache, theilen können.

Das kurz zuſammengefaßte Ergebniß der vorſtehenden Unterſuchung iſt Folgendes.

---

1) Cujacius, Comment. in Tit. III comm. div. Dig. ad leg. 8 — „Ait in hac lege (Paulus) „si dividere desiderant“ (sc. „non omnes quibus res communis est, sed certi ex his“), societatem scilicet; nam res communes non possunt partiri, nisi consentiant omnes.“

Wenige von mehreren Kommunions-Intereſſenten vermögen durch eine unter ſich vollzogene Theilung niemals die gemeinſchaftlichen Sachen aller Gemeinſchaft zu entziehen; ſie können aber nicht nur die unter ihnen beſtehende Kommunion auflöſen ſondern auch den gänzlichen Austritt Eines oder Mehrerer oder auch Aller der Theilenden aus der Gemeinſchaft herbeiführen, (letzteres in der Weiſe, daß eine fremde Perſon an deren Stelle in die Kommunion tritt.) Die Naturaltheilung einer bis dahin einigen Sache iſt jedoch eine in dieſem Falle nicht anwendbare Theilungsart.

§. 5.

Wir gehen nunmehr zu derjenigen Theilung über, die in Folge einer erhobenen Theilungsklage durch den Richter bewirkt wird.

Es iſt ein bekannter Satz, daß durch das, was zwiſchen Anderen bei Gericht verhandelt und entſchieden wird, den Rechten Dritter nicht präjudizirt wird. [1]) Eine Ausnahme von dieſer Regel in Beziehung auf die judicia divisoria und die darin ergehenden Urtheile iſt nirgends ſtatuirt. Es bedarf insbeſondere keiner Ausführung, daß die Geſetze, welche die Möglichkeit der Aufnahme eines ſolchen Judiziums unter wenigeren von mehreren Genoſſen ausſprechen [2]), und die erſt ſpäter ihre volle Erklärung finden können, einen Schluß darauf nicht zulaſſen, daß in einem ſolchen Judizium auch über die Rechte derjenigen, unter denen es nicht Statt findet, entſchieden werden könnte.

Die Grenzen alſo, die für die Theilung mittelſt freier Uebereinkunft beſtehen, müſſen, da ſie durch die Rechte Dritter bedingt ſind und in dem Mangel voller Dispoſitionsgewalt der Wenigen über die zu theilende

1) Tit. C. inter alios acta vel judicata aliis non nocere (7, 70.) L. 1, 3, 7, §. 4. L. 22, 29. D. d. exc. rei jud. (44, 2.) L. 63. D. d. re jud. (42, 1.) L. 31. D. d. judic. (5, 1.) L. 11, §. 2. L. 12. D. d. jurejur. (12, 9.) L. 2. L. ult. C. quib. res jud. non nocet (7, 56.)

2) L. 8. pr. D. comm. div. — L. 2, §. 4. D. fam. erc.

Sache ihren Grund haben[1]), auch der richterlichen Theilung gezogen werden. Der Unterſchied zwiſchen beiden Theilungsarten iſt nur der, daß bei der letzteren der Richter die Dispoſitionen in Form einer Sentenz auch ohne oder gegen den Willen der Berechtigten vornehmen kann, die beim Vertrage von den Kommunionsintereſſenten ſelbſt vorgenommen werden.

Wir gehen daher bei der nachfolgenden Unterſuchung davon aus, daß eine richterliche Theilung unter wenigeren von mehreren Genoſſen — wenn überhaupt möglich — jedenfalls nur unbeſchadet der Rechte des dritten Theilhabers, alſo ohne deſſen ideellen Antheil an den gemeinſchaftlichen Sachen zu berühren, geſchehen kann[2]); und daß die Naturaltheilung Einer Sache, da ſie mittelſt Vereinbarung der wenigeren unter ſich nicht erfolgen kann, auch bei der Theilung, die durch den Richter unter dieſen geſchieht, für ausgeſchloſſen zu halten iſt. — Mit dieſer letzteren Annahme ſteht L. 8. D. comm. div. „Et si non omnes, quibus res communis est, sed certi ex his dividere disiderant, hoc judicium inter eos accipi potest.“ nicht im Widerſpruche. Denn obgleich in unſeren Quellen das Wort dividere vorzugsweiſe im Sinne von Naturaltheilung gebraucht wird[3]), kann

1) Etwas anderes iſt es inſoweit, als einem Genoſſen die volle ſubjektive Dispoſitionsfähigkeit abgeht, wie z. B. dem Minderjährigen. Dieſer Mangel, der eine Theilung mittelſt freier Vereinbarung ohne richterliche Veräußerungs-Erlaubniß ausſchließt, ſteht allerdings der richterlichen Theilung nicht entgegen. L. 1, §. 2. L. 7. D. d. reb. eor. qui sub ut. (27, 9.) L. 17. C. d. praed. et al. reb. min. (5, 71.)

2) Man muß nur mit unſerer Frage die nicht verwechſeln: ob es nöthig iſt, daß derjenige, gegen den die Theilungsklage erhoben wird, in dem gerichtlichen Verfahren ſelbſt thätig werde? Dieß iſt nach heutigem Rechte zu verneinen, weil es möglich iſt auch gegen denjenigen (in contumaciam) zu prozediren, der ſich, wenn er geladen iſt, im Prozeſſe gar nicht vernehmen läßt. Anders war es nach älterem römiſchen Rechte. Denn die Anordnung des Judiziums war nicht möglich ohne perſönliche Mitwirkung beider Theile: Bethmann-Hollweg, a. a. O. §. 26. I. S. 278.

3) L. 55. D. fam. erc. „— si — divisio tam difficilis sit, ut paene

man doch unmöglich in jener Stelle das ausgedrückt finden wollen, daß auf Verlangen weniger die gemeinschaftliche Sache reell unter ihnen getheilt werden müsse. Die Naturaltheilung kann häufig auch dann, wenn alle Genossen sie fordern sollten, vom Richter nicht bewirkt werden — wenn nämlich die Sache überhaupt nicht theilbar ist [1]), oder ohne Verletzung der Rechte eines Dritten nicht getheilt werden kann. [2]) Dächte also das Gesetz auch in seinem Vordersatze an den Wunsch der wenigen, die gemeinschaftliche Sache reell zu theilen, so folgte doch aus der Möglichkeit der Uebernahme des Judiziums unter ihnen noch nicht die unbedingte Möglichkeit der Vollziehung jener Theilung. [3]) Es ist daher ohne Zweifel richtiger, das „si — dividere desiderant" nicht auf jene besondere Art der Theilung zu beziehen, sondern darunter ganz allgemein den Wunsch der Auseinandersetzung der Gemeinschaft zu verstehen. [4])

Dagegen läßt sich nicht ohne Weiteres schließen, daß, weil die Wenigeren consensu innerhalb gewisser Grenzen mit einander wirksam abtheilen können, auch der Richter zur Vornahme einer solchen Theilung berufen sei. Es bedarf dieser Punkt vielmehr noch einer näheren Untersuchung; bei welcher zunächst das gerichtliche Verfahren, wie es zur Zeit der klassischen Juristen bestand und oben kurz geschildert worden ins Auge zu fassen ist, da dieses mit den Eigenthümlichkeiten der Klagen im innigen Zusammenhange

---

impossibilis esse videatur, potest judex in unius personam totem condemnationem conferre et adjudicare omnes res." L. 1. C. comm. div.

1) §. 5. J. d. off. jud. — „ — quod si commode dividi non possit vel homo forte aut mulus erit."

2) L. 1. C. cit. — „Quodsi divisio praedii sine cujusquam injuria commode fieri poterit." —

3) L. 7. pr. D. comm. div. „Comm. div. judicium locum habet et in vectigali agro. Vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum; magis autem debet judex abstinere hujusmodi divisione; alioquin praestatio vectigalis confundetur."

4) Vergl. §. 211, Note 1.

ſteht, und nur im Hinblicke auf es die einſchlagenden Geſetzſtellen ihre vollſtändige Erklärung finden können.

Im Allgemeinen gilt von dem römiſchen Prozeſſe aus der eben gedachten Zeit die Regel, daß wenn Einer gegen Mehrere oder Mehrere gegen Einen oder Mehrere klagten, zwar, der Konnexität der Sachen wegen, ein gemeinſchaftliches judicium angeordnet werden konnte, jedoch nicht etwa in der Weiſe, daß Alles in Einer Formel zuſammengefaßt wurde, ſondern ſo, daß für jeden Verklagten bezugsw. Kläger eine beſondere formula ertheilt, in allen aber derſelbe judex beſtellt wurde. [1])

Nach der Anſicht eines bewährten Rechtslehrers [2]) ſoll dieſe Regel auch bei den Theilungsklagen, wenn dieſelben zwiſchen mehr als zwei Perſonen verhandelt wurden, Anwendung gefunden haben. Wäre dieß erwieſen, ſo wäre damit unſere Frage ganz einfach entſchieden. Wo mehrere Formeln ertheilt wurden, da muß eine Mehrheit von Klagen angenommen worden ſein. Iſt es aber, wenn A mit B und C theilen will, nicht Eine, ſondern ſind es zwei Klagen, durch deren jede er mit Einem ſeiner Genoſſen abzutheilen begehrt, ſo iſt nicht die Zulaſſung Einer ſolchen Klage gegen nur Einen der Genoſſen, ſondern die Zuläſſigkeit der Verbindung der mehreren Klagen zu Einem judicium das Abnorme. Aus der erwieſenen Satthaftigkeit dieſer Verbindung aber folgt noch nicht deren Nothwendigkeit. Die Möglichkeit der richterlichen Theilung unter wenigeren könnte alſo nicht bezweifelt werden.

---

1) Quinctiliam, Instit. Orat. III, 10. §. 1, 2. „Ceterum causa omnis, in qua pars altera agentis est, altera recusantis; aut unius rei controversia constat aut plurium. Haec simplex dicitur, illa conjuncta. — — — privata quoque judicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent. Nec aliae species erunt, etiamsi unus a duobus duntaxat eandem rem, atque ex eadem causa petet; aut duo ab uno; aut plures a pluribus; quod accidere in hereditariis litibus interim scimus; quia quamvis in multis personis, causa tamen una est, nisi si conditio personarum quaestiones variaverit.“

2) Zimmern, Geſch. des röm. Privatrechts III, §. 11. Note 3.

Die Gleichstellung unseres Falles jedoch mit demjenigen, wo sonst mehrere Kläger oder Verklagte auftreten, läßt sich nicht rechtfertigen. Wenn mehrere Personen Einer zu Erfüllung einer Obligation oder Herausgabe einer Sache verpflichtet sind, oder wenn mehreren gegen Eine oder mehrere ein solches Recht zusteht, so liegen (die Rechte, um die es sich handelt, seien theilbar oder nicht) in der That so viele besondere Rechtsansprüche vor, als Personen auf der einen oder anderen Seite vorhanden sind. Werden diese verschiedenen Rechtsansprüche auch in Einem Verfahren geltend gemacht, so müssen sie doch immer als abgesonderte gedacht werden, sie können ein verschiedenartiges Schicksal haben u. s. w. [1]) — Wenn dagegen die zwischen mehreren Personen hinsichtlich einer Sache bestehende Kommunion in Einem judicium gelöst werden soll, so ist das Verhältniß ein ganz anderes. Wollte man auch hier, wie in dem obigen Falle, in dem Einen Prozesse deren mehrere unterscheiden, so käme man bei 3 Theilhabern (in Folge der Gleichheit der Parteien-Rollen) auf die Annahme von 3 materiell verschiedenen Judizien: ein solches bestände zwischen A und B, das zweite zwischen A und C und das dritte zwischen B und C. Die Akte, die der Richter vornimmt, sind aber wieder so mit dem Rechte aller drei Theilhaber verwachsen, daß sie immer gleichzeitig alle diese Rechte berühren, und häufig nur dadurch Rechtsbestand erhalten, daß sie in Beziehung auf alle Theilnehmer vorgenommen werden. [2]) Es kann daher, der Natur der Sache nach, deßhalb weil die Theilung unter mehr als zwei Personen bezweckt wird, noch nicht das Vorhandensein mehrerer Klagen angenommen werden. In unseren Quellen findet sich auch nicht die Spur einer solchen Auffassung. Es ist hier immer nur in der Einzahl von der Klage die Rede, durch welche die Ge-

1) L. 10. pr. §. 3, 4. D. d. appell. (49, 1.) Tit. C. si plures una sententia condemnati sunt. (7. 55.)

2) Vergl. z. B. das, was im vorigen §. über die Naturaltheilung Einer Sache bemerkt ist.

meinſchaftlichen Sachen inter condominos oder coheredes (ohne daß unterſchieden wird, ob deren zwei oder mehr ſeien) getheilt werden [1]; und des Judiziums, wo es unter mehr als zwei Theilhabern Statt findet, geſchieht ſtets ſo Erwähnung, daß man es nicht als ein zuſammengeſetztes, ſondern als ein von Natur einiges anzuſehen hat. [2] Von ihm iſt ausdrücklich geſagt, daß es unter allen Perſonen, die daran Theil nehmen, gleichzeitig fortgeführt werden muß und in partes scindi non potest [3] — was von anderen Judizien nicht gilt [4] —; und daß die condemnationes und absolutiones, bei Strafe der Nichtigkeit, in omnium persona faciendae sunt [5], was ebenfalls in der

1) L. 1. pr. D. fam. erc. „— namque coheredibus volentibus et communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.“ — L. 2. pr. eod. „Per fam. erc. actionem dividitur hereditas.“ §. 10, 7. d. act. „familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate; — communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur.“ §. 4. J. d. off. jud. „— Si familiae erciscundae actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet etc. — Quae quidem similiter inter plures quoque, quam duos coheredes subsequuntur.“ §. 5. eod. — „Eadem interveniunt, et si communi dividundo de pluribus rebus actum sit.“

2) L. 2, §. 4. D. fam. erc. „Dubitandum autem non est, quin fam. erc. judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit.“ — L. 18, §. 6. D. cod. „— fam. erc. judicium ei competere adversus coheredes.“ — L. 22, §. 1. eod. „Fam. erc. judex potest pluribus eandem rem adjudicare — — sed potest etiam, licitatione admissa, uni rem adjudicare.“ — L. 8. pr. D. comm. div. — Paul. rec. sent. I, 19, §. 5. „Judex fam. erc. nec inter pancos coheredes, sed inter omnes dandus est, alioquin inutiliter datur.“

3) L. 48. D. fam. erc. „Si fam. erc. vel comm. div. vel fin. reg. actum sit, et unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis, non potest in partes judicium scindi; sed aut omnes heredes accipere id debent; aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine judicium agatur.“

4) S. B. L. 44. pr. D. d. jud. (5, 1.)

5) L. 27. D. fam. erc. „In hoc judicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt; et ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona quod fecit

eigenthümlichen Natur unſeres Judiziums ſeinen Grund hat.[1]) Entſcheidend dürfte endlich gegen die Annahme mehrerer Formeln ſein, daß Ulpian[2]) nur von einer formula ſpricht, durch welche mittelſt Adjudikation das Eigenthum erworben werde, während er dabei offenbar auch an den Fall denkt, daß der Miterben oder Miteigenthümer mehr als zwei ſeien.

(Schluß im nächſten Heft.)

X.

Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationen.

Von

Herrn **Karl Fuchs**,
kurf. heſſ. Amtsaſſeſſor a. D. in Hanau.

(Fortſetzung des Aufſatzes im vorigen Heft Nr. V.)

§. 4. In den im vorigen § mitgetheilten Geſetzesſtellen wird die ohne Verſchulden des Verpflichteten unmöglich gewordene Leiſtung theils gradezu als eine fingirte Leiſtung hingeſtellt, theils (in Nr. 4. 5. 6. 8) neben die wirkliche Leiſtung hingeſtellt und als dieſer gleich wirkend bezeichnet. Wie weitgreifend jene Fiktion und wie wahr der Ausſpruch des Pomponius in fr. 39 de reg. iur. 50, 17 iſt, daß dieſelbe für alle Rechtsverhältniſſe Geltung habe, erſieht man daraus,

---

judex, non valebit, quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere in partem non valere."

1) cf. Cujac, Observ. lib. XXIII. cap. 1. — Vinnius, Sel. quaest. cap. XXVIII.

2) Fragm. XIX, 16. „Adjndicatione dominia nanciscimur per formulam familiae erciscundae, quae locum habet inter coheredes, et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios. — — Nam si judex uni ex heredibus aut sociis — rem aliquam adjudicaverit, statim illi acquiritur."